



Taller de Servicios Legales

Reserva de Cabotaje Marítimo y Libre Competencia: El Caso Chileno

Benjamín Mordoj H.

Abogado

Of Counsel, FerradaNehme (www.fn.cl)

Socio, Taller de Servicios Legales (www.mordoj.cl)

I. Algunas ideas preliminares (1)



- Tema muy contingente. The Economist, 5 de octubre de 2017: *How protectionism sank America's entire merchant fleet*. Análisis muy crítico de la Jones Act (1920) de EE.UU, equivalente de nuestra LFMM, y su impacto negativo en toda la cadena de valor, incluyendo empresas que deben movilizar productos entre puertos y a la propia marina mercante de ese país. Ejemplo del “ganado volando”
- Agostini, Claudio, Briones, Ignacio y Mordoj, Benjamín: “Reserva de Cabotaje Marítimo y Libre Competencia: El Caso Chileno” (en redacción).
- Ese trabajo busca dimensionar los impactos económicos de la reserva de cabotaje (enfocado a carga) y del impuesto adicional para uso y goce de naves extranjeras dedicadas a servicios de cabotaje.
- No exento de dificultades, debido a disponibilidad de fuentes de información (lo que se debe hacer es considerar las tarifas por fletes y rentabilidades de los armadores nacionales y transportistas terrestres para comparar con un escenario *contrafactual* en donde existe competencia)

I. Algunas ideas preliminares (2)



- *Paradoja de la discrepancia sobre un consenso.* Instancias técnicas nacionales e internacionales son unánimes en su conclusión sobre los efectos de la reserva legal de cabotaje y del impuesto adicional:
 - (i) Minecon. Impulso Competitivo (mayo, 2011): *“Mover carga por mar en Chile es caro. Permitir una mayor competencia en este mercado creará oportunidades para menores tarifas, incentivando así un mayor uso del mar como vía de transporte”* (p.17)
 - (ii) Comisión Nacional de Productividad. Revisión de las Agendas de Productividad (marzo, 2016): *“[m]ientras durante los últimos 25 años la carga internacional por vía marítima pasó de 20 a 63 millones de toneladas, la carga doméstica lo hizo sólo entre 8 y 14 millones. Esta protección legal [reserva de cabotaje] impide la competencia de proveedores extranjeros, lo que eleva los costos del transporte de carga nacional”* (p.30)
- Los órganos multilaterales de referencia también han sido particularmente asertivos:

I. Algunas ideas preliminares (3)



(i) OCDE. Chile. Prioridades de Políticas para un Crecimiento Más Fuerte y Equitativo (septiembre, 2015). La reserva de cabotaje es una regulación: “[s]orprendentemente restrictiva para un país que, en muchos otros ámbitos, demuestra una gran apertura” (p.20)

(ii) International Transport Forum (OCDE, diciembre, 2016): “Coastal shipping is not a competitive transport mode in Chile. It is expensive and there is no extensive network of services, so it can take a long time for shippers to get their goods shipped to the destination. The development of coastal shipping in Chile is hindered by very strict cabotage laws” (pp.72-73)

- Proyecto de Ley Boletín N°8330-15 (junio, 2012). No ha avanzado desde que se retiró suma urgencia
- Reserva legal de cabotaje e impuesto adicional deben ser vistas como dos medidas complementarias. Ambas fueron introducidas, en su actual redacción, por la misma normativa (Ley N°18.454 de 1986)
- Aparente consenso técnico sobre necesidad de eliminar ambas regulaciones. Pregunta evidente es por qué, entonces, ellas se mantienen inalteradas (comparar con Notarios y Conservadores, Médicos y Taxis)

I. Algunas ideas preliminares (4)



- Imposibilidad de remover reserva legal de cabotaje marítimo -fruto de presión de grupos de interés- no es exclusiva de Chile. Evidencia indica que han sido pocos países los que han podido avanzar hacia una eliminación total
- Excepciones: Filipinas, China, Nueva Zelandia y Australia, aunque estos tres últimos con algunos matices
- Unión Europea, para naves con bandera de países de la Unión, salvo por Holanda, Dinamarca, Inglaterra, Irlanda y Bélgica, en que se ha ido avanzando hacia apertura a terceros países
- ¿Cuáles son esos grupos de interés? Armadores nacionales y, especialmente, transportistas terrestres. Ejemplos frente a propuestas años 2011 y 2016:

I. Algunas ideas preliminares (5)

(i) Confederación Nacional de Dueños de Camiones estimaba que la apertura del cabotaje marítimo reduciría los volúmenes de carga para camiones en un 22%, en especial en las rutas Santiago-Arica y Santiago-Iquique (La Tercera, 19 de Junio de 2011, *Impacto de la apertura del cabotaje marítimo agita las aguas del mercado*)

(ii) “Con la ‘apertura de los mares’, deberían caer los precios del transporte interno, lo que (...) tendría un impacto negativo también sobre la carga terrestre (...) ‘Sí se plantea un cambio sin hacer participar a todas las partes afectadas, obvio que tendrá problemas (...)’” (Entrevista, Diario La Segunda, 26 de abril de 2016)

I. Algunas ideas preliminares (6)



- Un poco de teoría de libre competencia: La llamada *falacia del celofán*. Un bien o servicio es considerado sustituto (parte de un mismo mercado relevante) debido al ejercicio de poder de mercado por parte de un agente, respecto de un bien o servicio que, de existir competencia, no sería un verdadero sustituto
- Más en simple: Un mercado menos competitivo en el cabotaje marítimo no sólo eleva los precios (y las rentas) en ese mercado, sino que también en aquellos que compiten con él, en este caso el transporte terrestre
- En la medida que el cabotaje siga siendo un servicio relativamente caro para la movilización de volúmenes de carga de menor tamaño y para pares de origen-destino de menor distancia, el transporte por camión puede seguir siendo un sustituto relativamente (y artificialmente) atractivo para los usuarios finales

I. Algunas ideas preliminares (7)



- Dicha sustitución es, al menos en parte, artificial, pues depende de factores exógenos (distintos del mercado) como son la reserva de cabotaje marítimo y el impuesto adicional
- Por eso no debe llamar la atención que, en este punto, los transportistas por camión se opongan consistentemente a la apertura unilateral de la reserva de cabotaje o a la derogación del impuesto adicional, desde que dicho gremio tiene aún más que perder en el caso de una mayor competencia en el segmento de transporte marítimo (mismo caso del grupo de operadores de ferrocarriles en EE.UU, citado por The Economist como los más fuertes defensores de la Jones Act de 1920)

II. Regulación e historia de la reserva de cabotaje y del impuesto adicional en Chile (1)



- Artículo 3 LFMM. Inciso 1º: *“El cabotaje queda reservado a las naves chilenas”*
- Artículo 3 LFMM. Inciso 2º (primera excepción): *“Las naves mercantes extranjeras podrán participar en el cabotaje cuando se trate de volúmenes de carga superiores a 900 toneladas, previa licitación pública efectuada por el usuario, convocada con la debida anticipación (...)”*
- Artículo 3 LFMM. Inciso 6º (segunda excepción): *“Cuando se trate de volúmenes de carga iguales o inferiores a 900 toneladas y no exista disponibilidad de naves bajo pabellón chileno, la Autoridad Marítima autorizará el embarque de dichas cargas en naves mercantes extranjeras. Asimismo, dicha autorización deberá darse cuando se trate del transporte exclusivo de pasajeros. El Reglamento determinará cuándo se entenderá que no hay disponibilidad de naves dentro del plazo que fijará para este efecto”*. Es la llamada autorización especial o *waiver*
- Artículo 6 LFMM (tercera excepción). Reputación de naves extranjeras por Comisión Especial
- Artículo 59 N°5 Ley de Impuesto a la Renta, en síntesis, grava con impuesto del 20% el uso o goce temporal de naves extranjeras que se destinen o utilicen en servicios de cabotaje

II. Regulación e historia de la reserva de cabotaje y del impuesto adicional en Chile (2)



(i) Licitaciones para cargas superiores a 900 toneladas:

- En el caso de la adjudicación de transporte de carga superior a 900 toneladas mediante licitación, las empresas navieras chilenas tienen derecho a reclamar los resultados ante la Comisión Especial, la que tendrá un plazo de 30 días para pronunciarse. Es así como, efectuada la adjudicación, y aun cuando exista una reclamación pendiente, el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones autorizará a la nave extranjera para efectuar el transporte de cabotaje de las cargas señaladas. Pero, si fuere acogida la reclamación y el usuario embarcare la carga, éste deberá pagar una multa de 1% a 25% del valor del flete. El monto de la multa es impuesto por la Comisión Especial; la LFMM no define criterios para su cuantificación, lo que otorga a dicho organismo sancionador una alta discrecionalidad
- En la práctica, este diseño regulatorio entorpece el uso del mecanismo de licitación, pues incentiva a los armadores chilenos a utilizar la reclamación administrativa y generar así incertidumbre para el adjudicatario, no sólo respecto al plazo en el cual puede recibir la autorización, sino que además respecto a la potencial multa que debe pagar, lo que naturalmente supone un costo adicional respecto de las empresas navieras chilenas, y un desincentivo para clientes

II. Regulación e historia de la reserva de cabotaje y del impuesto adicional en Chile (3)



(ii) Aplicación del *waiver*:

- La autorización especial o *waiver* se encuentra sujeta a la discrecionalidad de la Autoridad Marítima Local, quien debe calificar la falta de disponibilidad de naves de pabellón chileno para transportar carga de volúmenes iguales o inferiores a las 900 toneladas. Dicha discrecionalidad es, en sí misma, fuente de incertidumbre para los armadores extranjeros
- Pero, más aun, al ser una circunstancia que debe ser revisada caso a caso, o lo que es lo mismo asume un escenario transitorio de falta de disponibilidad, dicha solución desincentivaría fuertemente la entrada en forma permanente con servicios regulares de transporte de carga en el mercado doméstico
- La evidencia parece respaldar ambas conclusiones. En efecto, durante el año 2010, que corresponde al de las cifras más actualizadas sobre el particular, sólo el 0,3% de la carga de cabotaje se movilizó en naves de bandera extranjera no reputadas como chilenas; es decir, carga que se transportó a través del uso del mecanismo del *waiver*. El ITF se mostró altamente crítico de esta alternativa como sustituto de derogación de cabotaje
- No se hace cargo del impuesto adicional

II. Regulación e historia de la reserva de cabotaje y del impuesto adicional en Chile (4)



(iii) Impuesto adicional:

- Encarece el servicio de cabotaje provisto por naves extranjeras en relación con naves chilenas; o, dicho de otro modo, incrementa artificialmente los costos de las primeras en relación con las segundas, lo que puede hacer a aquellas menos competitivas que éstas frente a los usuarios finales (dada la magnitud de la tasa, es de suponer que dicho efecto se produce en la práctica)
- En síntesis, ambas regulaciones (cabotaje e impuesto adicional) operan como barreras regulatorias a la entrada de mayor competencia (costos que no soportaron *incumbentes* pero que sí deben enfrentar entrantes), en lógica de medidas de protección industrial (reforzadas con argumentos de seguridad nacional)
- Esto es consistente con artículo 1° LFMM y con historia de la reserva legal de cabotaje desde su instauración en 1822 (pleno siglo XIX) y sus posteriores reformas (años 1835, 1922, 1939, 1956 y 1979)

III. El transporte marítimo de carga en Chile (1)

- Hoy se tiene un mercado de transporte marítimo entre pares de origen y destino en Chile que es poco competitivo e ineficiente. O, dicho de otro modo, que permite a los actuales incumbentes el ejercicio de poder de mercado, por la vía de la obtención de rentas económicas que tienen su fuente en las denominadas *cuasi-rentas de regulación*
- De igual forma, en rigor cabría estimar también las rentas sobre normales que obtendrían las industrias sustitutas del transporte marítimo, en este caso la de transporte terrestre (camiones)
- En base a la evidencia disponible, existen buenas razones para concluir que existe una asociación positiva entre reserva de cabotaje marítimo e impuesto adicional con una menor competencia en el mercado relevante de cabotaje en Chile:

III. El transporte marítimo de carga en Chile (2)



(i) Mercado altamente concentrado, especialmente en relación con el cabotaje de grandes volúmenes de carga

Actualmente existirían cuatro oferentes de servicio de cabotaje, los que además se encuentran en zonas geográficas distintas

Hay dos actores en el sur y dos en el norte, aunque con un 90% de la oferta concentrada exclusivamente en el Grupo Ultramar

A su vez, un 95% del transporte marítimo de líquidos estaría concentrado en los mayores actores

Índice Herfindahl-Hirschman es de 4556 en líquidos y 4435 en graneles, ambos considerados como constitutivos de un mercado extremadamente concentrado, incluso bajo los estándares más conservadores en la materia, que son los de la FNE (índice sobre 2.500 como indicio de alta concentración y no 1.800, como en otros países)

III. El transporte marítimo de carga en Chile (3)

(ii) Dicha concentración habría producido un efecto de libre competencia en el mercado portuario, que es un mercado conexo al del transporte marítimo de cabotaje. Dado que la demanda por los servicios de movilización portuarios es una demanda derivada de la demanda por transporte marítimo, se puede concluir que los pares de origen y destino de servicios de cabotaje se concentrarían principalmente en los puertos de la V Región

- ITF (2016): *“[s]trict cabotage laws also make it difficult to correct the unbalanced import and export flows in Chilean ports. This unbalance is linked to the fragmentation of the port system. Rather than having a fairly limited number of large ports with both import and export flows, the fragmented dual port system has generated a large set of private ports mostly destined for exporting the goods of their owner, whereas a few of the public ports in central Chile concentrate most of the import flows. The result of this unbalance is the need for extensive repositioning of empty containers. Most of the private ports are in constant need of containers, whereas the public ports in central Chile have an oversupply of empties. A liberalised coastal shipping system could re-equilibrate this by providing more import cargo to the ports other than the public central ports. So, having strict cabotage laws sustains systemic inefficiencies”*

III. El transporte marítimo de carga en Chile (4)

(iii) Parecieran además existir indicios de que las tarifas cobradas por el servicio de cabotaje serían más altas que aquellas que prevalecerían en un escenario competitivo

Lo anterior se puede deducir de la subutilización del cabotaje por parte de los usuarios finales (no consistente con el crecimiento de movilización de carga y de aumento de tamaño de naves); o, lo que es lo mismo, de la concentración de la demanda del mismo en dos grandes actores, ambos de propiedad estatal, únicos con capacidad suficiente para negociar mejores condiciones tarifarias (CODELCO y ENAP)

Así, en el año 2013, se movilizaron 13,7 millones de toneladas, de las cuales un 54,3% fueron graneles líquidos, lo que es consistente con la demanda de CODELCO (principalmente ácido sulfúrico) y ENAP (petróleo y gas). El 45,7% restante se dividió entre carga general y graneles sólidos

III. El transporte marítimo de carga en Chile (5)

Es decir, al año 2013, las toneladas transportadas en régimen de cabotaje correspondieron sólo al 11% del total transportado por vía marítima, que incluye -además de este último servicio- al transporte marítimo internacional y al tránsito internacional

Al año 2015, dicho porcentaje habría subido levemente al 14%. Nótese que dichas cifras podrían estar incluso sobre representando la importancia relativa del cabotaje, pues no consideran la demanda por transporte terrestre que, como se dijo, surge, en parte artificialmente como un sustituto imperfecto, producto de la falta de competencia en el cabotaje

III. El transporte marítimo de carga en Chile (6)

(iv) Existirían, además, otras ineficiencias, tanto productivas como asignativas, que serían consecuencia directa de la reserva de cabotaje y del impuesto adicional, entre otros factores desincentivadores de una mayor competencia en la provisión del servicio de cabotaje. Entre dichas ineficiencias pueden incluirse las siguientes:

a) Mayores tiempos involucrados en el transporte de mercancías, pues aquellas naves extranjeras con origen en algún puerto, también extranjero, deberán trasladar la mercancía, a su llegada al primer puerto nacional, a una nave de nacionalidad y pabellón chileno o a través de camiones, al no poder ellas recalar en un segundo puerto del país

b) Mayores costos logísticos, pues el importador -sea directamente o a través del precio del flete- deberá eventualmente pagar dos tarifas portuarias distintas (la del primer puerto de destino, que es a la vez puerto de origen del servicio de cabotaje, y la del puerto de destino final de esa carga)

c) Externalidades negativas asociadas a la mayor contaminación y congestión de caminos por el uso del modo rodoviario

III. El transporte marítimo de carga en Chile (7)

- d) Sobreviven en el mercado oferentes eventualmente menos eficientes (los armadores nacionales, que fruto de la menor competencia no son disciplinados por potenciales entrantes más eficientes, y los transportistas terrestres, particularmente en distancias más largas o para cierto tipo de carga)
- e) Ineficiencia productiva, al no poder utilizarse capacidad ociosa de naves extranjeras que, por un costo marginal relativamente bajo, podrían transportar carga entre puertos nacionales

IV. Revisión de los argumentos de los *incumbentes* (1)



- Los barcos de bandera extranjera pueden tener tasas impositivas menores que las locales, su mano de obra puede ser más barata y dichos armadores podrían destruir trabajos locales
- Pero el cabotaje externo no es otra cosa que la importación de un servicio, por lo que estos argumentos no son distintos a los que otrora se invocaron en Chile para proteger industrias de bienes, contrariando la política de apertura comercial generalizada adoptada por Chile desde hace décadas. Chile es un país pequeño y (nos guste o no) todavía en vías de desarrollo. El proteccionismo no es una solución
- Más aun, si la evidencia apunta a la existencia, concreta y verificable, de conductas de *dumping* de armadores extranjeros, de subvenciones otorgadas por los Estados a los que dichas naves pertenecen o de cualquier otra distorsión equivalente al comercio internacional, el ordenamiento jurídico chileno, de modo consistente con los Tratados Internacionales vinculados con las directrices de la OMC, contempla medidas correctivas para tales efectos en el marco de la llamada institucionalidad antidistorsiones (Comisión Antidistorsiones)

IV. Revisión de los argumentos de los *incumbentes* (2)

- El impuesto adicional tiene una finalidad recaudatoria. Sin embargo, desde la eficiencia económica, los impuestos específicos se justifican cuando gravan una actividad económica que genera una externalidad negativa.
- Ejemplos: impuesto específico a los combustibles para la contaminación o tarificación vial de rutas saturadas. El impuesto al cabotaje con naves extranjeras no tiene justificación alguna en base a la presencia de externalidades negativas, que en este caso son inexistentes
- Seguridad nacional. Las naves mercantes como reserva naval en caso de guerra. ¿Argumento pertinente para el siglo XXI y para el tipo de Armada con la que contamos? Por lo demás, número de naves mercantes con bandera chilena no parece haber tenido un crecimiento explosivo
- Ya existe el *waiver* y eventualmente reputación de naves, por lo que discusión sería estéril. Esto es hacer la ruta Chile-Asia con escala en Islandia, y además no recoge problemas de *inconsistencia intertemporal*. Los incentivos son relevantes para las empresas

V. Normativa de libre competencia, reserva de cabotaje e impuesto adicional (1)



- Dos casos previos a reforma al DL 211 por Ley 19.911, que creó el TDLC: Resolución N°354/1991 de la Comisión Resolutiva y Dictamen N°869/1993 de la Comisión Preventiva Central (antecesoras del TDLC)
- En principio, no se opusieron a reserva legal de cabotaje. Pero se deben tener presente dos cosas:
 - (i) El antiguo artículo 5 del DL 211, que fue el fundamento legal expreso utilizado, se encuentra hoy derogado por la Ley N°19.911 (y en buena hora); es decir, no puede servir de base para fundar una eventual omisión en el análisis de esta materia por parte del TDLC, en su calidad de sucesor de las Comisiones

V. Normativa de libre competencia, reserva de cabotaje e impuesto adicional (2)



(ii) Si bien es cierto que la antigua Comisión Resolutiva sí tenía potestades de proposición normativa, ellas en la práctica fueron escasamente utilizadas, al existir una mayor deferencia hacia las normas vigentes, incluso cuando ellas pudieran tener un efecto restrictivo para la libre competencia

En cambio, la jurisprudencia del TDLC es distinta en este ámbito. Tanto es así, que recientemente el propio legislador, mediante la Ley N°20.945, de agosto de 2016, ha estimado oportuno extender dicha potestad, otorgándosela también a la FNE

Más aun, dicha ley ha incluido un deber de fundamentación y publicidad por parte del Ministro de Estado destinatario de la proposición normativa que no acoja una recomendación del TDLC

V. Normativa de libre competencia, reserva de cabotaje e impuesto adicional (3)



- Un caso similar: La reserva de cabotaje aéreo
- Con ocasión de la consulta sobre la operación de concentración entre las empresas LAN y TAM, el TDLC reiteró su ya reiterada posición en cuanto a la inconveniencia de seguir dando aplicación a la reserva de cabotaje en el transporte aéreo o, en el lenguaje aeronáutico, a la limitación de la octava libertad aérea únicamente a naves chilenas y a naves extranjeras de Estados que otorguen recíprocamente idéntica libertad a naves chilenas
- Dicha reserva de cabotaje aéreo, diseñada en forma similar a la reserva de carga para el caso del tráfico marítimo internacional, se encuentra en el inciso primero del artículo 2 del Decreto Ley N°2564, de 1979, que establece la Ley de Aviación Comercial, en relación con el inciso primero de su artículo 1°.
- Ella constituye una excepción a la llamada política de cielos abiertos que, en el artículo 1° de ese mismo cuerpo legal, el Estado de Chile declara tener

V. Normativa de libre competencia, reserva de cabotaje e impuesto adicional (3)



- Producto de lo anterior, al autorizar la operación entre LAN y TAM, la Condición Novena impuesta por el TDLC como medida de mitigación a la futura compañía (“LATAM”), consistió en obligarla a manifestar a las autoridades del transporte aéreo su opinión favorable a la apertura unilateral de cielos para cabotaje en Chile por empresas aéreas de otros Estados, sin exigencias de reciprocidad
- Agregó el TDLC que, para estos efectos, LATAM debería abstenerse de ejercer cualquier clase de acción judicial, administrativa o de cualquier otra índole que retrase o impida tal apertura; y, al mismo tiempo, proporcionar ayuda a la autoridad sectorial, si así se le requería, con el fin de concretar la señalada apertura unilateral

V. Normativa de libre competencia, reserva de cabotaje e impuesto adicional (4)



- Muestra lo anterior que, para una regulación similar a la de la LFMM, el TDLC ha estimado que la misma tiene un efecto restrictivo de la competencia, y ha instado en diversas ocasiones por su eliminación. Y si bien ello no ha ocurrido a la fecha, en el año 2012 el MTT, misma autoridad a cargo de los aspectos regulatorios generales del transporte marítimo, resolvió aplicar una medida de segundo mejor, en la forma de la Resolución Exenta N°62/2012, que vino a explicitar que la Junta Aeronáutica Civil no aplicaría la exigencia de reciprocidad contenida en la Ley de Aviación Comercial
- Y los efectos están a la vista. La entrada de nuevas aerolíneas a operar servicios en Chile ha sido la mayor en varios años, y las tarifas se han reducido a niveles considerables. Muchos chilenos se han podido subir a un avión por primera vez, reduciendo sus tiempos de viaje
- Como suponen, el gremio de transportistas terrestres por bus no estaba a favor de eliminar la reserva de cabotaje aéreo
- Pero se logró, gracias a la intervención de la autoridad de libre competencia

VI. Propuestas (1)



- Para hacer frente a la fuerte oposición que esta materia despierta entre los grupos de interés afectados por una eventual reforma (fundamentalmente armadores nacionales y, en mayor medida, los transportistas terrestres), parece necesario incrementar la fortaleza técnica de los argumentos en favor de dicho cambio. O, visto a la inversa, de incrementar la carga de la argumentación para quienes se oponen al mismo
- Para lograr lo anterior, se propone el uso de la potestad de proposición normativa del DL 211, de modo de que sean las autoridades de competencia las que recomienden la derogación de la reserva legal de cabotaje, de modo de dotar de mayor legitimidad a esa decisión (o exigir que el MTT señale por qué no sigue esa recomendación)
- Alternativa o complementariamente a lo anterior -como una forma de dotar de cierto grado de inmediatez a la mayor competencia en el mercado del cabotaje en Chile- al uso más amplio del mecanismo de autorización especial o *waiver* por la Autoridad Marítima Local, emulando la Resolución N°62/2012.
- Pero recuérdese: esto no es una solución eficaz en el mediano y largo plazo, y no debe ser vista como un sustituto eficaz de la derogación de la reserva legal de cabotaje y del impuesto adicional

VI. Propuestas (2)

- (i) Primera propuesta. Involucrar a órganos de defensa de la libre competencia para que insten por derogación de reserva legal de cabotaje e impuesto adicional:
- La Ley N°20.945, de agosto de 2016, que reformó el DL 211, es principalmente conocida por sus cambios sustanciales en materia de persecución de ilícitos de colusión y por el nuevo régimen de control preventivo de operaciones de concentración
 - Sin embargo, en materia de potestades de proposición normativa, dicha Ley introdujo dos cambios institucionales relevantes:

VI. Propuestas (3)



- Primero, otorgó a la FNE idéntica potestad de proposición normativa que aquella asignada al TDLC por la Ley N°19.911, de noviembre de 2003 (potestad que, no obstante su carácter reciente, ya ha sido ejercida por la FNE); y, segundo, estableció un deber de fundamentación y publicidad en caso que los Ministros destinatarios de tales proposiciones normativas, cuando éstos determinen no acoger dicha proposición (lo que ya ocurrió en un caso que involucraba al Ministerio de Hacienda, en el caso del sistema de pagos por medios electrónicos)
- Es importante destacar eso sí que dicho deber de fundamentación sólo existe en caso de proposiciones normativas del TDLC, y no así cuando ellas emanan de la FNE
- Complementariamente a ambas cosas, se otorgó a la FNE la potestad de llevar a cabo estudios sobre la evolución competitiva de los mercados, lo que permitirá a esa autoridad hacer uso de sus facultades para recabar información de los agentes económicos y autoridades, y eventualmente ejercer directamente la potestad de recomendación normativa, o en su defecto solicitar el ejercicio de esa potestad al TDLC (ya están en curso dos estudios en el mercado de Notarios y en el de rentas vitalicias)

VI. Propuestas (3)

(ii) Segunda propuesta. Extender uso del *waiver* en una línea similar a la de la Resolución 62

Ya se ha visto que el MTT y la JAC enfrentaron similar problema en el caso de la reserva de cabotaje aéreo, y que dichos organismos optaron por dictar la Resolución 62, que es incluso de alcances más amplios que la aplicación contingente de la potestad de otorgar una autorización especial al amparo de la LFMM

Es decir, existe un precedente similar que puede resultar útil en caso de que la Autoridad Marítima Local opte por el uso más extensivo de este mecanismo. Ello sería además consistente con las soluciones que han sido planteadas en el derecho comparado para afrontar problemas similares (es la vía que ocasionalmente se ha utilizado para sortear los efectos de la Jones Act en EE.UU)

Como sea, ésta sería una alternativa de segundo mejor, en el entendido de que ella no reflejaría una política general del Estado de Chile sobre la materia, sino que una aplicación para casos concretos, lo que la sujeta a problemas de inconsistencia intertemporal (futuras Autoridades Marítimas Locales bien pueden revertir dicho criterio). Asimismo, no se hace cargo del costo artificial introducido por el impuesto adicional por el uso y goce de naves extranjeras



Taller de Servicios Legales

Reserva de Cabotaje Marítimo y Libre Competencia: El Caso Chileno

Benjamín Mordoj H.

Abogado

Of Counsel, FerradaNehme (www.fn.cl)

Socio, Taller de Servicios Legales (www.mordoj.cl)